



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

LA CURATELA COMO FUTURA FIGURA PRINCIPAL DE LAS MEDIDAS DE APOYO DE ORIGEN JUDICIAL A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Autor

Roberto Cerdán Dolsa

Director

José Antonio Serrano García

Catedrático de Derecho Civil

Facultad de Derecho

2020

ÍNDICE

I. Introducción.

1. Cuestión tratada en el Trabajo de Fin de Grado.
2. Razón de la elección del tema y justificación de su interés.
3. Metodología seguida en el desarrollo del trabajo.

II. Aproximación a la figura de la curatela.

1. Concepto y origen histórico de la institución.
2. Introducción de la curatela en nuestros textos legales.
3. Clases de curatela.
4. La nota característica de la curatela: la asistencia

III. La Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

1. Contenido general de la Convención.
2. El artículo 12.
 - A) Capacidad jurídica y capacidad de obrar.
 - B) Los apoyos.
3. Destinatarios de la Convención.
4. Incorporación de la Convención al ordenamiento español.

IV. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

1. Características y funcionamiento.
2. Observación Final sobre el informe presentado por España.
3. Observación General Nº1.

V. Influencia de la jurisprudencia española en la futura curatela.

1. STS 282/2009, de 29 de abril, ROJ: STS 2362/2009.
2. STS 3441/2013, de 24 de junio, ROJ: STS 3441/2013.
3. STS 244/2015, de 13 de mayo, ROJ: 1945/2015.

VI. El futuro de la curatela.

1. Ámbito público: Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de incapacidad.
2. Ámbito privado.
 - A) Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil en el marco de una Propuesta general de nuevo Código Civil.

a) Problemática generada por la Propuesta de la APDC.

B) Propuesta articulada del Real Patronato

VII. CONCLUSIONES.

VIII. BIBLIOGRAFÍA.

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

- APDC: Asociación de Profesores de Derecho Civil.
- BOE: Boletín Oficial del Estado.
- CC: Código Civil.
- CDFA: Código de Derecho Foral Aragonés.
- CE: Constitución Española.
- CNUDPD: Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- CRPD: Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- DT: Disposición Transitoria.
- FJ: Fundamento Jurídico.
- OF: Observación Final.
- OG: Observación general.
- TFG: Trabajo de Fin de Grado.
- TS: Tribunal Supremo.

I.- INTRODUCCIÓN.

1.- CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO.

La cuestión que vamos a abordar en este Trabajo de Fin de Grado (en adelante TFG) versa sobre el estudio de la figura de la curatela, una de las medidas de guarda y protección de la persona y bienes contempladas en la ley, y su evolución desde un plano secundario hasta convertirse en uno de los futuros ejes principales sobre los que girarán las instituciones de guarda de origen judicial de las personas con discapacidad.

2.- RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DEL INTERÉS.

Los motivos que me impulsaron a elegir este tema se fundamentan en que el Derecho Civil, junto al Derecho Penal, es una de las ramas del Derecho Privado que más interés me causan. Concretamente, en el ámbito civil he desarrollado una gran curiosidad por las regulaciones relativas a la persona y a la familia.

Es por ello que a la hora de elegir el tema de mi TFG todos los temas que propuse eran relativos a dichas ramas y por ello consideré que en este aspecto, resultaría interesante analizar la situación de las personas con discapacidad puesto que pienso que en nuestra sociedad hay un gran desconocimiento sobre ello y realmente debería haber una mayor sensibilización porque cualquier persona puede verse afectada por una discapacidad a lo largo de su vida y en casi todos nuestros entornos de la vida cotidiana mantenemos relaciones sociales con gente que se encuentra en esa situación.

Al tratarse de un tema tan amplio decidí centrarme en la figura de la curatela, la cual a causa de las Observaciones del Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad (en adelante CDPD) y del cambio de corriente en nuestra jurisprudencia pasará a ocupar en el futuro la posición de la tutela y se convertirá en una de las figuras fundamentales de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad.

3.- METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO.

Para la realización de este TFG he utilizado la siguiente metodología: primeramente comencé teniendo una reunión con mi tutor José Antonio Serrano García en la que hablamos de los diferentes temas a tratar. Yo le propuse 5 temas de manera general y el que más adecuado le pareció fue el relativo a la incapacitación.

Tras decidir en qué ámbito del Derecho Civil iba a centrarme el profesor José Antonio Serrano me recomendó algo de bibliografía para comenzar y empecé a buscar información sobre todos los aspectos concernientes a la incapacitación con la finalidad de concretar el tema objeto de mi TFG. El objeto que mayor interés me causaba era el relativo a los regímenes de guarda y protección de las personas con discapacidad por lo que empecé a documentarme sobre las mismas buscando información en diversos libros, revistas doctrinales, jurisprudencia, legislaciones y páginas web.

Seguidamente hablé con mi tutor para exponerle cuál era la idea que llevaba para realizar mi TFG. En un principio el tema era demasiado genérico ya que pretendía acoger todas las instituciones de guarda de nuestro sistema jurídico y abordar su evolución. Por ello hubo que ser más concisos y decidí centrarme en la figura de la curatela por la especial trascendencia que va a adquirir en un futuro a corto plazo.

Tras mantener distintas conversaciones con mi tutor, enviarle la estructura que iba a seguir en la elaboración de mi TFG y recibir su aprobación comencé a redactar el trabajo intentando reflejar de la mejor forma posible toda la información que había recopilado.

II.- APROXIMACIÓN A LA FIGURA DE LA CURATELA.

2.1.- CONCEPTO Y ORIGEN HISTÓRICO DE LA INSTITUCIÓN.

Comenzamos este TFG proporcionando una definición del término curatela. Una definición adecuada del concepto de curatela puede encontrarse en el Diccionario de la Real Academia Española donde podemos observar cómo el concepto nombrado se utiliza como sinónimo de curaduría que a su vez nos lleva a la definición de curador. Curador será aquella persona

designada por resolución judicial para complementar la capacidad de determinadas personas que la tienen limitada.

Desde un punto de vista jurídico, tal y como puede desprenderse de los textos legales, y como señala RIBOT IGUALADA la curatela es una medida de guarda de actuación ocasional cuyos destinatarios son las personas incapaces y cuya finalidad no es otra que procurar una protección en la realización de sus actos a través del mecanismo de la asistencia completando con ella la falta de capacidad¹.

La falta de capacidad ha sido regulada desde la Antigüedad y concretamente la figura que vamos a estudiar encuentra sus orígenes en el Derecho Romano donde ya se prestaba asistencia a estas personas a las que denominaban “locos” por padecer algún tipo de discapacidad psíquica. Ya entonces el curator, como así se denominaba, no se ocupaba de los aspectos personales de las personas con falta de capacidad sino que únicamente debía dedicarse a supervisar el patrimonio de los mismos quedando todo aquello relativo a la persona a cargo del tutor².

2.2.- INTRODUCCIÓN DE LA CURATELA EN NUESTROS TEXTOS LEGALES.

Para poder comenzar con el análisis estricto de esta figura debemos acudir a su introducción en nuestros cuerpos legales, si bien me centraré preferentemente en el Código Civil (en adelante CC), sin hacer apenas referencia a los Derechos civiles forales o especiales que también se ocupan de esta figura.

En el año 1983, cinco años después de la promulgación de la Constitución Española (en adelante CE) se lleva a cabo en nuestro país una reforma importante del Código Civil que

¹ RIBOT IGUALADA, J., <<La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento>>, Salas Murillo et al (dir.), en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 221.

² OLIVER SOLA, M.C., <<Precedentes romanos sobre adopción, tutela y curatela>>, en *Revista xurídica de Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 18, nº 2, 2009, pp. 208-209.

tendrá gran trascendencia en el ámbito de la incapacitación. Esta reforma se lleva a cabo mediante la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela³

A través de ella se introduce en nuestro ordenamiento un nuevo sistema mediante el cual se reemplaza el sistema adoptado de Francia de la tutela de familia por el sistema de autoridad proveniente de países como Alemania o Suiza. Ello supone exigir la concurrencia de unas causas de incapacitación y una sentencia judicial para poder declarar incapaz a una persona. Si estos requisitos se cumplen el juez procederá a instituir un sistema de guarda para proteger a estas personas y es aquí donde aparece nuevamente en nuestro país la figura objeto de nuestro estudio, la curatela, ya que desde la regulación del CC de 1889 la única figura de protección de las personas con discapacidad era la tutela⁴.

Además, esta reforma lleva aparejada otra novedad y es que las instituciones que representen o asistan a las personas faltas de capacidad de obrar se encontrarán sometidas al control de los órganos jurisdiccionales. Anteriormente, tal y como señalaba el artículo 201 del CC de 1982 estas funciones de supervisión recaían sobre el protutor y el consejo de familia por lo que la persona con discapacidad quedaba en ocasiones en una posición bastante desprotegida.

Por último, cabe decirse que hasta ese momento el sistema de guarda era especialmente rígido dado que únicamente existía la institución de la tutela⁵ y no se tenían en cuentas los diferentes grados de las discapacidades que podrían tener las personas afectadas. Es a partir de entonces cuando existe una mayor flexibilidad⁶ al regularse nuevas figuras jurídicas, se establecen unas causas generales y abiertas de incapacitación⁷ y se permite a los órganos jurisdiccionales graduar⁸ las restricciones a las personas con discapacidad.

³ BOE, núm. 256, de 26 de octubre de 1983. ALVENTOSA DEL RÍO, J., <<Modificación judicial de la capacidad de obrar como sistema de protección de las personas más vulnerables>>, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 10, 2019, pp. 237-242.

⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso de Derecho Civil IV Derecho de familia*, 5ª edición, Edisofer, 2018, pp. 407-408.

⁵ Tutela y curatela habían sido unificadas en un solo concepto por el CC de 1889. MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, M.L., <<Tutela y curatela: derecho actual y perspectivas de futuro>>, en *Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*, nº 169, 2014, pp. 111-112.

⁶ RODRÍGUEZ ESCUDERO, M., <<El porvenir de la curatela en el derecho español>>, en *Historia Iuris: estudios dedicados al profesor Santos M. Coronas González*, vol. 2, 2014, pp. 1449-1469.

⁷ CUADRADO PÉREZ, C., <<Modernas perspectivas en torno a la discapacidad>>, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 777, 2020, pp. 19-20.

⁸ ALVENTOSA DEL RÍO, J., <<Modificación judicial de la capacidad de obrar como...>>, *cit.*, p. 252.

Al realizar este TFG en la Universidad de Zaragoza también debemos hacer una especial mención a la introducción de esta figura en el ordenamiento jurídico de nuestra Comunidad Autónoma. Como bien sabemos, Aragón cuenta con la regulación de su propio derecho foral y éste queda regulado concretamente en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (en adelante CDFA)⁹.

Aragón contaba con su propio sistema de tutela pero vio cómo éste fue eliminado por las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1885 y 1881, y por el Código Civil dado que estos textos legales imponían otros sistemas diferentes llevando al legislador aragonés a aceptar ese cambio de paradigma en nuestro ordenamiento autonómico. Recobra aquí una gran importancia la Compilación de 1967 dado que intenta conjugar la adaptación a las normas estatales con un pequeño regreso a su pasado al prever la introducción de algunos aspectos señalados por SERRANO GARCÍA como ‘‘la delación, pluralidad de designaciones y la posibilidad de coexistencia de varios administradores’’.

Pues bien, la actual normativa aragonesa se basa en la ya derogada Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona la cual ya en su Preámbulo señalaba que su objeto era desarrollar las normas sobre capacidad y estado de las personas físicas así como las instituciones encargadas de proteger a los incapaces¹⁰. Esta Ley se refundió en nuestro CDFA y vino a reemplazar a la Compilación constituyendo uno de sus principales objetivos la creación de un nuevo sistema tutelar que fuera más completo por lo que combinó la tradición aragonesa con la estatal. El resultado es la instauración de un sistema de autoridad como sucedió en el CC.

2.3.- CLASES DE CURATELA.

En este momento, pasamos a ver la clasificación de los distintos tipos de curatela con los que nos podemos encontrar.

⁹ BOA, núm. 67, de 29 de marzo de 2011.

¹⁰ SERRANO GARCÍA, J.A., *Lecciones de Derecho Civil: familia*, 2ª edición, Kronos, 2019, pp. 480-485.

La primera clasificación hace una distinción entre la curatela propia y la curatela impropia¹¹. Las personas que quedan sujetas a esta curatela propia son las concernientes al artículo 286 CC: los emancipados cuando sus padres fallezcan o queden impedidos para ejercer la asistencia; los que obtengan el beneficio de la mayoría de edad; y los declarados pródigos.

Por lo que se refiere a la curatela impropia estaría constituida por las personas con discapacidad a las que estamos haciendo alusión a lo largo de todo el TFG por lo que nuestro estudio girará en torno a esta curatela impropia. Esta modalidad queda regulada en el artículo 287 CC que exige como presupuesto que la resolución judicial adopte este tipo de guarda.

La segunda¹² clasificación que existe nos lleva a distinguir entre tres tipos de curatela en función de los sujetos sobre los que se constituya:

- La curatela de emancipados y habilitados de edad.
- La curatela de los pródigos.
- La curatela de los incapacitados.

En nuestra Comunidad Autónoma se realiza una distinción menor al coexistir únicamente dos tipos de curatela. Se trata de las ya mencionadas curatela de emancipados (149 CDFA) y curatela de incapacitados (150 CDFA). Por lo que se refiere a la prodigalidad, el legislador aragonés se apartó de la posición mantenida por el legislador estatal¹³ y así establece la Disposición Transitoria (en adelante DT) Tercera que desde el 23 de abril de 2007 ninguna persona podrá ser declarada pródiga.

2.4.- LA NOTA CARACTERÍSTICA DE LA CURATELA: LA ASISTENCIA.

¹¹ MANGA ALONSO, M.T., <<Incidencia de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad en el Derecho español>>, en *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 48, 2019, pp. 142-143.

¹² MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, M.L., <<Tutela y curatela: derecho actual y perspectivas de futuro>>, *cit.*, pp. 111-112

¹³ DIEGO DIAGO, M.D., <<Tema 5: Derecho de la persona. Capacidad y estado civil.>>, en *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 48, 2015, p. 23.

Situados ya en el contexto de esta figura conviene destacar la importante función que cumple y que la diferencia de manera relevante de la tutela. Como ya señala el artículo 289 CC, la curatela de los incapacitados tiene por objeto la asistencia. ¿Pero en qué consiste dicha asistencia?

Pues bien, dicha asistencia se utiliza para completar la falta de capacidad de las personas que sufran algún tipo de discapacidad, ya sea física o psíquica, en el momento de realizar cualquier acto. Los actos que precisarán de asistencia serán los que expresamente prevean los órganos jurisdiccionales en las sentencias que dicten como manifiesta el precepto citado en el párrafo anterior. Ello significa que, de igual modo que determinados actos requerirán dicho complemento, habrá otra serie de conductas que las personas con discapacidad podrán realizar por sí mismas. El sometido a curatela actúa por sí mismo siempre, no tiene un representante legal, en algunos casos actúa con asistencia del curador, en otros sin ella.

Sin embargo, en ocasiones los tribunales no expresan con claridad qué tipo de actos requerirán asistencia y la solución ante este problema es que se necesitará asistencia para los actos en los que el tutor necesita autorización judicial (290 en relación con el 271 CC). Por tanto, para enajenar un bien inmueble, renunciar a derechos, tomar dinero a préstamos o realizar donaciones, entre otros, el sujeto a curatela precisará la asistencia de su curador.

Podemos ver como la capacidad de obrar de la persona con discapacidad se ve limitada pero lo es de una manera parcial dado que el curador no sustituye a esa persona en la realización del acto sino que simplemente presta un asentimiento a lo que quiere hacer el curatelado. Además, el catálogo de actos establecidos en el CC que precisarán de asistencia constituyen conductas que podrían ocasionar un grave perjuicio personal y patrimonial a estas personas de no ser por la protección del curador.

Constituye además esta asistencia uno de los modos en los que más indemne queda uno de los derechos fundamentales de nuestra Constitución Española (en adelante CE) y en general, de todo ser humano. Hablamos del derecho a la dignidad que queda regulado en el artículo 10 CE. Debe olvidarse cualquier intento de conectar este concepto de dignidad con el de

autonomía del individuo¹⁴ dado que la limitación de la capacidad de obrar de una persona no constituirá una conducta que suponga una vulneración de la dignidad humana¹⁵.

Por lo que se refiere a Aragón, el funcionamiento es similar dado que el curador limitará su actuación a prestar asistencia en aquellos casos que se precisen en la sentencia y en caso de que no se hayan especificado, se establecerá la presunción de que también requieren asistencia en los mismos actos en los que la precisa el menor mayor de catorce años (150.1 CDFA en relación con el artículo 39 CDFA).

Ahora bien, en nuestro ordenamiento se establece una diferencia fundamental con el CC. Si seguimos leyendo ese artículo podemos observar como el apartado 2 señala que será posible que el curador también ostente funciones representativas en actos de administración y disposición¹⁶. Puede observarse por ello como estaríamos ante una curatela más completa dado que no verá limitada su conducta a la asistencia y podrá extender su campo de actuación abarcando funciones que generalmente tiene atribuida la tutela y que tradicionalmente no le han correspondido¹⁷.

Es este modelo de curador, el que puede abarcar funciones tanto de representación como de asistencia, la posible referencia a seguir en un futuro prácticamente inmediato como podremos observar a lo largo de este TFG.

III.- LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK SOBRE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

3.1.- CONTENIDO GENERAL DE LA CONVENCIÓN.

¹⁴ ATIENZA RODRÍGUEZ, M., <<Dignidad humana y Derechos de las Personas con Discapacidad>>, en *Revista IUS ET VERITAS*, nº 52, 2016, p. 264.

¹⁵ La mejor referencia para entender el significado de dignidad la encontramos en los imperativos categóricos de Kant que la concibe como aquella cualidad inherente a las personas por el simple hecho de serlo. Kant establece una diferencia entre aquello que puede ser sustituido mediante un precio y aquello que no se puede canjear. El ser humano no puede ser sustituido por lo que se encuentra en posesión de la dignidad que deberá ser respetada siempre por lo que una persona con discapacidad no podrá ser discriminada.

¹⁶ SERRANO GARCÍA, J.A., *Lecciones de Derecho Civil: familia*, cit. p. 505.

¹⁷ SALAS MURILLO, S. de., <<Repensar la curatela>>, en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, nº 27, 2013, pp. 17-19.

El marco temporal en el que vamos a movernos en este apartado nos lleva al año 2006. Es en ese año cuando se produce un hecho muy importante y significativo para 650 millones de personas en el mundo que presentan algún tipo de discapacidad. Hasta aquel momento este colectivo, tradicionalmente discriminado, no contaba con una regulación específica para ellos. Es obvio que les resultaba aplicable la Declaración de Derechos Humanos puesto que su aplicación se extiende a todos los seres humanos pero en lo que a este colectivo se refiere, su articulado no solía ser respetado. Estas personas siempre han sido tratadas como ‘diferentes’ a lo largo de la Historia e incluso como una lacra de la sociedad¹⁸.

Sin embargo, el 13 de noviembre de 2006 se empieza a impulsar un cambio de tratamiento a las personas con discapacidad y de mentalidad en las sociedades con la aprobación de la Convención de Nueva York sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CNY).

El articulado de este texto internacional regula varios aspectos con la finalidad de luchar por la igualdad de las personas que tienen algún tipo de discapacidad con el resto de la sociedad y otorgarles la mayor autonomía posible en la realización de sus actos. De hecho, ya en el artículo 1 se señala que el objetivo consiste en promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad¹⁹.

Algunos de los derechos recogidos en los preceptos de la CNY son tan sumamente básicos que sorprende el trato discriminatorio que reciben estas personas en el mundo. Podemos encontrar artículos que hablan directamente del derecho a la vida, del derecho a la libertad, del derecho a no ser torturado, del derecho a la educación o del derecho al empleo, entre otros, y resulta increíble que estos derechos que ya se encuentran en textos nacionales y supranacionales deban recogerse en un nuevo texto para que comiencen a ser respetados.

¹⁸ GARCÍA PONS, A., <<El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España>>, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 66, nº 1, 2013, pp. 71-72.

¹⁹ MONDEJAR PEÑA, M.I., <<La guarda de las personas con discapacidad intelectual a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad>>, en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 31, 2015, p. 372.

Para poder dar cumplimiento a los derechos citados, la Convención prevé una serie de obligaciones para los Estados parte consistentes en la adopción de diferentes medidas como pueden ser de sensibilización, de accesibilidad o de apoyos entre otras²⁰. Son estos apoyos uno de los principales problemas que ha planteado esta Convención a causa del carácter abstracto del término.

La problemática expuesta en el párrafo anterior relativa a los apoyos se encuentra regulada en el artículo 12 CNY²¹ que es sin duda el artículo con mayor dificultad del texto y uno de los más importantes. Por ello hemos creído conveniente otorgarle un epígrafe completo en el que trataremos de desglosar su significado.

3.2.- DESTINATARIOS DE LA CONVENCIÓN.

Es ésta una cuestión importante puesto que su ámbito de aplicación no resulta tan cerrado como parece²². Si bien es cierto que la propia CNY hace referencia siempre a las personas con discapacidad y de hecho el artículo 1 señala que tendrán esa consideración las personas que se encuentren afectadas por deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo y que dificulten su participación plena y efectiva en la sociedad en condiciones de igualdad. Ello significa que no será suficiente sufrir una discapacidad sino que será necesario que la misma afecte a la capacidad para tomar decisiones además de tener una larga duración²³.

Sin embargo, de manera general la CNY se encuentra dirigida a todos los individuos que componen las distintas sociedades y ahí ejerce también su influencia la Convención con su objetivo de concienciación ya que de manera indirecta conseguirá un mayor interés por parte de las personas que no sufren estas discapacidades. Ello se debe a que cualquiera de nosotros

²⁰ LLEDO YAGÜE, F., <<La Convención de Nueva York y la necesaria reformulación de la discapacidad>>, en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, nº 14, 2019, pp. 145-146.

²¹ MANGA ALONSO, M.T., <<Incidencia de la Convención sobre Derechos de las Personas con...>>, *cit.*, p. 133.

²² PEREÑA VICENTE, M., <<La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley>>, en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, nº 3, 2018, p. 63.

²³ La capacidad para tomar decisiones podría definirse como la aptitud necesaria para comprender la naturaleza y efectos de las decisiones que pretendemos adoptar.

puede verse afectado en un futuro por una enfermedad o un accidente que le ocasione una limitación de la capacidad de obrar.

Realmente no somos conocedores de nuestro futuro pero los estudios demuestran que el aumento de la longevidad de nuestra vida puede conllevar un mayor riesgo de sufrir alguno de estos problemas. De hecho, las últimas estadísticas del INE, que constan de 2008, reflejan que aproximadamente 3.847.900 personas de la población española sufre algún tipo de discapacidad (casi el 9% de la población española)²⁴ habiendo aumentado dicha cuantía en 320.000 personas desde las últimas estadísticas llevadas a cabo en 1999 reflejando estas estadísticas además un aumento de la media de edad²⁵.

3.2.- EL ARTÍCULO 12.

Como ya hemos señalado en este punto se encuentra el gran problema a abordar, el artículo 12 CNY. Dicho precepto aparece bajo la rúbrica de ‘Igual reconocimiento como persona ante la ley’ y supone la relegación a un plano meramente residual, excepcional, del modelo médico a través del cual se limitaba a las personas con discapacidad en el ejercicio de sus actos. A partir de la CNY y de este artículo se adopta el modelo social que encuentra su fundamentación en los apoyos²⁶.

A) CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR.

El artículo 12 comienza manifestado en su apartado primero que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica y ello lleva aparejado uno de los grandes problemas de este precepto: el reconocimiento de la capacidad jurídica.

²⁴ JIMÉNEZ LARA, A., <<Estadísticas y otros registros sobre discapacidad en España>>, en *Revista Política y Sociedad*, vol. 47, nº 1, 2010, pp. 167-173.

²⁵ En el 2021 se prevé una publicación por parte del INE de nuevas estadísticas sobre estas personas con discapacidad que permitan actualizar las manifestadas en 2008 a través de EDAD2008 cumpliendo así con las peticiones del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad.

²⁶ LLEDO YAGÜE, F., <<La Convención de Nueva York y la necesaria.....>>, *cit.*, pp. 142-143.

La CNY no hace alusión a la tradicional distinción que ha existido entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. No olvidemos que la capacidad jurídica es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones mientras que la capacidad de obrar sería la aptitud para el ejercicio de esos derechos y obligaciones que posee. Es obvio que la capacidad jurídica resulta inherente a cada persona por el simple hecho de serlo pero, ¿Significa ese artículo 12.2 CNY que una persona con discapacidad puede ejercer esos derechos sin ningún tipo de limitación?

Pues bien, esta pregunta ha provocado grandes debates que han confrontado a las diversas sociedades del planeta. Por un lado, encontramos los países occidentales de Europa y América que otorgan una interpretación a este artículo basada en que la capacidad jurídica abarca la capacidad de obrar. Por otro lado, países islámicos, China y Rusia consideraban que no debía incluirse dicha capacidad de obrar por lo que podían reducir o incluso privar de capacidad de obrar a una persona con discapacidad²⁷.

Parece que la CNY pretende la unificación²⁸ de los dos conceptos en un mismo término como resultado de una técnica que tiene por objeto asegurar la protección, la igualdad y la no discriminación de las personas con discapacidad puesto que de diferenciarse los dos conceptos se abriría a los países una posibilidad de poder limitar esa capacidad fundamentándose en que en ningún momento se ha negado su capacidad jurídica y lo único que se limita es la capacidad para ejercer esos derechos por no estar esas personas en condiciones plenas de obrar.

Sin embargo, se abre otra posibilidad ya que si analizamos el contenido de los diferentes apartados que componen el precepto podríamos observar cómo en algunos se hace referencia a la capacidad jurídica y en otros al ejercicio de esa capacidad. Ello puede llevarnos a pensar que la CNY está llevando a cabo la tradicional distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar.

²⁷ GARCÍA PONS, A., <<El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006...., cit., pp. 67-68.

²⁸ MAYOR FERNÁNDEZ, D., <<La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006>>, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2133, 2011, p. 5.

La solución a esta discusión será proporcionada por el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD) que será estudiada posteriormente.

B) LOS APOYOS.

En cuanto a la segunda cuestión, este artículo introduce el concepto de apoyo en su apartado 3 señalando que se proporcionarán los mismos para ejercer la capacidad jurídica de la que hablamos. Sin embargo, la CNY no especifica qué apoyos deben proporcionarse por lo que esta cuestión queda a interpretación de los Estados signatarios que han adoptado diversas soluciones. Así puede observarse como Alemania o Francia, por ejemplo, establecen las figuras del asistente legal o la curatela además de crear un mecanismo como es la habilitación familiar. Parece que la Convención pretende dar plena libertad a los Estados a la hora de crear y regular estas instituciones con los únicos límites de que el interés de las personas con discapacidad quede protegido²⁹.

Lo que sí resulta claro es que estos apoyos deberán ser prestados en situaciones muy concretas procurando la mayor autonomía de las personas y que la figura de la representación total basada en la tutela, en la cual se priva a los sujetos de la totalidad de la capacidad de obrar, deberá ser aplicada de manera residual y en casos muy estrictos en los que no quepa una solución más favorable³⁰. Por ello, puede afirmarse que comienza a dejarse atrás ese modelo de sustitución en el que una tercera persona decidiría en muchas cuestiones por la personas con discapacidad y avanzamos hacia ese modelo de apoyos por el que lucha la CNY.

Se relaciona este apartado del artículo 12 con el apartado 4 dado que se produce un nuevo cambio. Anteriormente debía primar siempre el interés de las personas con discapacidad pero a partir de la CNY ese interés quedará en un segundo escalón puesto que en la adopción de esos apoyos habrán de tenerse en cuenta la voluntad, deseos y preferencias de las personas

²⁹ MUNAR BERNAT, P.A., <<La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad>>, en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, nº 3, 2018, pp. 124-127.

³⁰ MONDEJAR PEÑA, M.I., <<La guarda de las personas con discapacidad intelectual.....>>, *cit.*, p. 371.

con discapacidad³¹. Será en aquellos supuestos en los que no pueda conocerse dicha voluntad en los que el interés entre en juego por lo que se concebirá como un concepto subsidiario.

3.3.- INCORPORACIÓN DE LA CONVENCIÓN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.

El texto internacional es ratificado por nuestro Estado el 23 de noviembre de 2007 y publicado en el Boletín Oficial del Estado (en adelante BOE) el 21 de abril de 2008, entrando en vigor el 3 de mayo de ese mismo año. Junto a él se ratifica el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad mediante el cual se atribuyen competencias al Comité de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad cuya finalidad no es otra que la de controlar y asegurar que los Estados signatarios cumplen con lo dispuesto a lo largo del articulado de la Convención.

La Convención y su ratificación suponen un cambio de paradigma trascendental en nuestro país. Como ya hemos visto, se optaba preferentemente por el modelo de sustitución a través de la figura de la tutela mientras que la curatela, a pesar de regularse aunque de manera simple y poco detallada, era aplicada en situaciones ocasionales y se encontraba por detrás de la tutela. Además, las disposiciones de la Convención resultaban incompatibles con diversos textos legales de nuestro ordenamiento jurídico.

Es por ello que el legislador español se hace eco de la necesidad de adaptar el régimen legal, sustantivo y procesal de la incapacidad a los requerimientos de la Convención, y de acometer las reformas legislativas necesarias para llevar a cabo tal adaptación.

IV.- EL COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

4.1.- CARACTERÍSTICAS Y FUNCIONAMIENTO.

³¹ CUENCA GÓMEZ, P., <<Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad>>, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 38, 2018, p. 89.

España mostraba una tendencia hacia el modelo social adoptando la preferencia de la curatela y a la vez, en esos años, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad emitía sus Observaciones al respecto para tratar de guiar a los Estados firmantes.

El Comité tiene su origen en la CNY y concretamente en su artículo 34. Se trata de un órgano compuesto por 18 expertos que tendrá la función, como ya hemos señalado en párrafos anteriores, de supervisar el cumplimiento de las disposiciones contenidas en la CNY por parte de los diferentes Estados.

Para llevar a cabo este control, el CDPD recibirá informes de los Estados sobre las medidas que se adopten y se encargará de manifestar las directrices que resulten aplicables al contenido de dichos informes además de poder realizar las recomendaciones y sugerencias que estime oportunas. Estas respuestas a los informes se recogen en las denominadas Observaciones y dos de ellas gozan de gran relevancia en nuestro ordenamiento.

Eso sí, para que el Comité pueda desempeñar su función es necesario otorgarle competencia. Para ello se precisa haber ratificado el Protocolo Facultativo de la CNY dado que en su artículo 1 señala que los Estados parte del Protocolo reconocerán la competencia del CDPD mediante la ratificación del Protocolo. Como ya hemos podido ver en otros apartados España ratificó junto a la CNY este Protocolo sin añadir además ninguna cláusula de exclusión relativa al sistema severo³². Por ello, el Comité podrá ejercer sus funciones en nuestro país con plena libertad sin ningún tipo de limitación.

4.2.- OBSERVACIÓN FINAL SOBRE EL INFORME PRESENTADO POR ESPAÑA.

Nuestro país fue el primer Estado signatario que cumplió con la obligación de presentar un informe sobre las medidas adoptadas en el plazo de dos años desde la adhesión a la CNY como señala el artículo 35.1 de la misma.

³² GARCÍA PONS, A., <<El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006...., *cit.*, pp. 115-120.

Sobre los informes presentados, esta Observación Final (en adelante OF), publicada el 19 de octubre de 2011, presenta las líneas sobre las que se redactará la Observación General (en adelante OG) de 2014 que será analizada en el siguiente epígrafe.

El CDPD recomienda a España que lleve a cabo una revisión de sus leyes relativas a la guarda y tutela las cuales constituyen una manifestación del sistema de representación y que las reemplacen por esa asistencia que se produce mediante el sistema de apoyo. Llevando a cabo esta sustitución se dejaría de vulnerar el derecho a la personalidad jurídica de las personas con discapacidad.

El Comité insta a nuestro país a aplicar las diferentes recomendaciones que se recogen en la OF y pide que el siguiente informe sea emitido el 3 de diciembre de 2015 como plazo máximo.

4.3.- OBSERVACIÓN GENERAL N°1.

Esta OG se publica el 19 de mayo de 2014 y tiene por objeto resolver las dudas acerca del artículo 12 de la CNY que tantos problemas han causado. Como ya hemos podido ver en la OF relativa a España, el CDPD considera que no se ha llevado a cabo de modo general ese paso del modelo de sustitución al modelo de apoyo previsto y por ello considera necesaria realizar las correspondientes aclaraciones que solucionen este malentendido.

Ya desde la Introducción el CDPD considera que la tutela y la curatela deben ser eliminadas en tanto suponen medidas que discriminan a las personas con discapacidad por limitar su capacidad jurídica.

Tras ello, se da una solución³³ a esa gran discusión entre los países en torno a si se debe considerar la capacidad jurídica como un concepto que engloba también a la capacidad de obrar o si por el contrario se encuentran diferencias. Señala aquí el Comité que la referencia a capacidad jurídica lleva incluida la capacidad de ser titular de derechos y de actuar conforme a ellos además de considerarla una cuestión de derechos humanos. Un concepto distinto que

³³ PEREÑA VICENTE, M., <<La transformación de la guarda de hecho...>>, *cit.*, pp. 68-70.

utiliza el CDPD sería la capacidad mental que consistiría en la capacidad para adoptar decisiones³⁴ pero el Comité considera que no puede justificarse la privación de capacidad jurídica alegando un déficit de capacidad mental.

También hace una mención la OG al concepto de los apoyos y señala en primer lugar que habrá de respetarse la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad de modo que los apoyos sean ejercitados desde un punto de vista subjetivo. Tampoco aquí cita el CDPD los diferentes apoyos que se pueden proporcionar sino que simplemente cita ejemplos y deja esta cuestión como un *numerus apertus*³⁵ de modo que deberá proporcionarse el apoyo que cumpla con las necesidades concretas³⁶ de cada persona con discapacidad.. Además, este apoyo es un derecho y no un deber por lo que sólo será proporcionado a aquellas personas que opten por esta opción.

Por lo que se refiere al apartado 4 del artículo 12 señala que deberán proporcionarse salvaguardias para que sean respetadas la voluntad, deseos y preferencias de las personas y además da una solución ante una situación que puede acarrear problemas. En aquellos casos en los que no pueda conocerse la voluntad de las personas habrá que interpretar la misma de la mejor forma posible.

Por tanto, repitiendo lo ya nombrado anteriormente, para poder cumplir con estas disposiciones será necesario que los Estados revisen sus regulaciones y sustituyan el sistema de sustitución por el de apoyo además de:

- Establecer, reconocer y proporcionar una amplia gama de apoyos.
- Realizar consultas con las personas con discapacidad en el momento de llevar a cabo la elaboración y aplicación de la legislación y las políticas.

³⁴ CUENCA GÓMEZ, P., <<Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil...>>, *cit.*, p. 87.

³⁵ ALVENTOSA DEL RÍO, J., <<Modificación judicial de la capacidad de obrar como...>>, *cit.*, p. 271.

³⁶ SALAS MURILLO, S., <<Significado jurídico del apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: presente tras 10 años de Convención>>, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 5, 2018, pp. 1-10.

España sería uno de los Estados signatarios que incumplen la Convención si nos atenemos a lo dispuesto en la OG dado que a pesar de que la tendencia jurisprudencial se encuentre inmersa en una transformación de punto de vista como veremos posteriormente y considere que la medida más idónea para ajustarse a las previsiones de la CNY es la curatela, esta medida seguiría siendo considerada a los ojos del Comité como perteneciente al sistema de sustitución por lo que constituirá un supuesto de discriminación.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que los informes del CDPD no son vinculantes para los Estados sino que simplemente son sugerencias y recomendaciones. Pese a ello, sería ilógico que un Estado ratifique la CNY y el Protocolo pero no lleve a cabo ninguna medida de adaptación a las disposiciones por el mero de hecho de que no exista obligatoriedad. Entra aquí en juego por tanto esa obligación de cumplir con los tratados internacionales con arreglo a la buena fe³⁷ por lo que aquellas Observaciones que emita el Comité deberán ser analizadas y aplicadas en la medida de lo posible.

V.- INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA EN LA FUTURA CURATELA.

Ya hemos señalado que la ratificación de la Convención por parte de España supone abordar una gran reforma en diversos ámbitos del ordenamiento jurídico constituyendo el eje central el CC. Los Tribunales españoles han ido evolucionando hacia ese nuevo modelo social y por ello es conveniente analizar tres sentencias que han resultado de vital importancia.

5.1.- STS 282/2009, DE 29 DE ABRIL, ROJ: STS 2362/2009.

Puede que esta Sentencia suponga el inicio de un importante cambio tanto jurídico como social. El MF reconoce que en el ordenamiento jurídico español se encuentra asentado el modelo médico y que ello puede suponer una limitación excesiva o absoluta de la capacidad de obrar conllevando en la práctica su sustitución por otra persona que pase a representarle. Por ello, parece que se va abriendo camino la instauración del modelo social y se reconoce como la figura más adecuada como modelo de apoyo a la curatela.

³⁷ SALAS MURILLO, S. de., <<Significado jurídico del apoyo en el ejercicio...>>, *cit.*, pp. 5-6.

El principal problema que se plantea en la mencionada resolución del Alto Tribunal es la determinación de si nuestra normativa en materia de incapacitación, así como las instituciones de guarda reguladas, resultan contrarias a las disposiciones de la CNY. Se hace frente a esta cuestión en el Fundamento Jurídico (en adelante FJ) 5º.

Pese a ello, y es aquí donde se produce esa transformación, el Alto Tribunal manifiesta las siguientes declaraciones³⁸:

En primer lugar, el TS hace alusión a la antigua e importante sentencia dictada por el mismo de 5 de marzo de 1947 en la cual se abandonaba la rigidez característica de nuestro sistema de incapacitación y se posibilitaba la graduación de la incapacitación a las diferentes circunstancias que afectan a una persona. La importancia de aquella Sentencia se encuentra en que en ella tienen protagonismo conceptos como la incapacitación o la curatela.

En segundo lugar, se señala que en ningún caso se podrá privar a una persona con discapacidad de la titularidad de un derecho fundamental sin perjuicio de que si que pueda modificarse el ejercicio de dicho derecho³⁹ en función de las diferentes circunstancias que pueden afectar a esas personas.

En tercer lugar, el Tribunal Supremo (en adelante TS) declara que el articulado del CC resulta acorde a lo dispuesto en la CNY⁴⁰ dado que la adopción de medidas específicas se fundamenta en la necesidad de protección de la persona y por lo tanto la incapacitación sería una medida necesaria y adecuada.

En conclusión, el actual sistema de incapacitación español resulta acorde a las disposiciones de la CNY si bien el Alto Tribunal aporta unos escritos del Ministerio Fiscal (en adelante

³⁸ GANZENMÜLLER ROIG, C., <<Modificación de la capacidad en el ámbito personal. Aspectos contradictorios entre la tutela, la curatela y un sistema de apoyos flexibles>>, en *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 59, 2010, pp. 3-5.

³⁹ RUBIO TORRANO, E., <<La incapacitación: titularidad y ejercicio de derechos fundamentales afectados. La Convención de Nueva York>>, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 9, 2009, p. 2.

⁴⁰ ESCARTÍN IPIÉNS, J.A., <<La autotutela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad>>, en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, nº 3, 2018, pp. 89-90.

MF) de los que puede desprenderse una cierta tendencia hacia el modelo social y hacia la curatela como medida de apoyo principal. Transcribimos dos fragmentos de la Sentencia relativos a los escritos del MF:

“La Convención adopta el modelo "social de discapacidad" que sustituye al "modelo médico o rehabilitador", actualmente vigente en buena parte de nuestro derecho, al que se le confiere únicamente carácter residual. La configuración tradicional de la incapacitación, desde una concepción que tiene como base el modelo médico, puede suponer una limitación excesiva e incluso absoluta de la capacidad de obrar, en aquellas personas con alguna deficiencia física, intelectual o psicosocial, impidiéndoles la realización de actos de carácter personal y patrimonial o suponiendo en la práctica, un modelo de sustitución en la toma de decisiones. La Convención tanto en su Preámbulo como en su estructura normativa, adopta el modelo social y el principio de no discriminación, colisionando con la figura tradicional de la incapacitación, como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar, y obliga a "adoptar" una nueva herramienta basada en un sistema de apoyos que se proyecte sobre las circunstancias concretas de la persona, el acto o negocio a realizar"

...“la curatela, reinterpretada a la luz de la Convención, desde el modelo de apoyo y asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, parecen la respuesta más idónea.”

5.2.- STS 421/2013, DE 24 DE JUNIO, ROJ: STS 3441/2013.

En este epígrafe analizaremos otra Sentencia del Alto Tribunal que ha contado con cierta trascendencia. En este supuesto, una persona sufría una esquizofrenia paranoide y se había adoptado la incapacitación total de la misma y la tutela como medidas de protección. Incluso se le había privado del derecho de sufragio sin haberse constatado que hubiera perdido las facultades que acompañan a ese derecho.

Pues bien, el Alto Tribunal entendió que los hechos relativos a su patrimonio y a su persona deberían ser supervisados por lo que resultaba procedente constituir una curatela y revocar la tutela. Asimismo expone que para poder haber lugar a la tutela como medida de protección

debe existir un supuesto en el que haya una limitación total de la capacidad y será desproporcionado adoptar esa medida en todos aquellos casos en los que la limitación no sea total.

Por ello, podemos observar cómo el TS trata de proteger la autonomía y la igualdad de las personas con discapacidad restringiendo la aplicación de la tutela a aquellos casos excepcionales en los que haya una privación total de la capacidad y estableciendo como medida preferente e idónea la curatela por su función asistencial⁴¹.

Esta Sentencia desencadenó una corriente a través de la cual la tutela que se constituía en la primera instancia quedaba revocada a favor de la curatela dado que los órganos jurisdiccionales entendían que era la medida más idónea para la persona con discapacidad. De hecho, en sólo 3 años desde la publicación de la Sentencia hubo alrededor de 300 resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales en las que se realizaban pronunciamientos en esta línea. Podemos afirmar que desde el 24 de junio de 2013 la tutela comienza a dejar paso a la curatela⁴².

5.3.- STS 244/2015, DE 13 DE MAYO, ROJ: 1945/2015.

Esta resolución tiene su origen en un supuesto en el que se declara la incapacitación total de una persona y queda constituida la tutela. Nos centraremos en lo relativo al apoyo adoptado y es el FJ 3º el que se ocupa de esta cuestión. En este FJ se hace mención al concepto de traje a medida que ya venía siendo utilizado por la jurisprudencia en algunas ocasiones desde que fue citado por primera vez en la Sentencia de 29 de abril de 2009 que ya hemos analizado⁴³.

El funcionamiento de este traje a medida consiste en, tal y como señala la propia Sentencia, “tomar un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se

⁴¹ BOTELLO HERMOSA, P., <<La Ley Orgánica 1/2015 y la curatela como medios eficientes de adaptación del artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las personas con discapacidad a nuestro ordenamiento jurídico>>, en *Revista de Derecho UNED*, nº 17, 2015, p. 622.

⁴² BOTELLO HERMOSA, P., <<La progresiva adaptación del conflictivo artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español>>, en *Pensar Revista de Ciencias Jurídicas*, vol. 21, nº 1, 2016, pp. 247-254.

⁴³ CUADRADO PÉREZ, C., <<Modernas perspectivas.....>>, *cit.*, pp. 21-23, 57.

desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinadas actuaciones.”

Todas las partes implicadas en el asunto deberán colaborar a tales averiguaciones y un papel realmente importante corresponderá a los Tribunales puesto que tradicionalmente en la gran mayoría de los casos han optado por la incapacitación total y ello sin detallar de manera excelsa aquellos aspectos de la vida en los que cada persona tenga plenas facultades y aquellos en los que necesite un apoyo. De hecho, estas afirmaciones se constatan con números y en el año 2009 el Fiscal SANTOS URBANEJA arrojó a la luz unas estadísticas abrumadoras: el 95% de los casos en los que se interpone una demanda de incapacitación acaban con una declaración de incapacitación total pero además resulta que el 95% de esas personas que son declaradas incapaces a todos los efectos realmente no lo son⁴⁴.

Se exige por ello que los Tribunales sean más precisos en sus resoluciones y seguramente este nuevo método de trabajo resulte más costoso dado que cada persona podrá presentar diferentes enfermedades, estas enfermedades podrán tener una mayor o menor intensidad, podrá realizar por sí misma algunos actos pero en otros necesitará un apoyo... Sin embargo, ese laborioso trabajo conseguirá proporcionar a cada persona el apoyo más adecuado otorgándole una protección proporcional que únicamente en aquellos casos más extraordinarios llevará a la sustitución⁴⁵.

VI.- EL FUTURO DE LA CURATELA.

Después de haber hecho un estudio acerca de los orígenes de la curatela en nuestros ordenamientos y haber llevado a cabo las correspondientes explicaciones relativas a las

⁴⁴ SANTOS URBANEJA, F., <<Realidad actual de los procesos de incapacitación. Alternativas a su regulación. Hacia una protección efectiva>>, en *Jornadas Fundación Aequitas - Centro de Estudios Jurídicos de Madrid* 9 y 10 de marzo, 2009, p. 2.

⁴⁵ IMAZ ZUBIAUR, L., <<Reformulando la protección de las personas con diversidad funcional a la luz de la distante Convención de Nueva York de 2006>>, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 112, 2018, pp. 196-198.

consecuencias acarreadas por la ratificación de la CNY y de su Protocolo en nuestra legislación así como de la jurisprudencia española más relevante al respecto llegamos a ese futuro incierto en el que se trata de impulsar una reforma de las leyes necesarias para adaptarnos a la Convención. En ese futuro tiene un gran peso la figura que ha sido objeto de este TFG y por ello es conveniente observar las diferentes posturas sobre la misma que existen en el ámbito público y en el ámbito privado.

Es preciso señalar un importante apunte relativo a Aragón. La reforma del CC por el legislador estatal no implicará necesariamente una reforma de nuestro CDFA puesto que el legislador aragonés seguirá manteniendo la competencia en el ámbito de la discapacidad. Es más, el legislador estatal deberá adaptarse a la legislación aragonesa siendo el autonómico el que decida el modo en que llevar a cabo la mencionada reforma sin que el contenido de la reforma estatal sea vinculante para la reforma autonómica.

6.1.- ÁMBITO PÚBLICO: ANTEPROYECTO DE LEY POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD.

Conscientes de la necesaria modernización de nuestras leyes y de la adaptación a las Observaciones del CDPD y a la CNY el legislador español decidió acometer una reforma de varios textos legales entre los que se encontraba el CC. Este Anteproyecto decayó pero en líneas generales ha quedado constatado el consenso de las diferentes fuerzas políticas por lo que consideramos que este Anteproyecto, al menos, habrá sentado las bases de la futura reforma y por ello vamos a analizar su contenido y sus innovaciones.

El Anteproyecto es tajante desde su comienzo al señalar que la capacidad como característica inherente a las personas no puede modificarse posicionándose con ello en contra de la incapacitación y de las medidas que priven o limiten los derechos de las personas con discapacidad. Por lo tanto quedará prohibida la privación de derechos en la esfera personal, patrimonial y política⁴⁶.

⁴⁶ En esa esfera política se produjo una importante modificación a través de la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. Mediante esta reforma se garantizaba el derecho de las personas con discapacidad a ejercer el derecho al

El nuevo sistema se basa en el apoyo y el Título XI del Libro Primero del CC pasa a recibir el término de '*De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad*'. A través de los apoyos podemos ver como realmente no se prescinde del sistema de sustitución dado que se proporcionarán apoyos de representación en los casos en los que no pueda aplicarse otro medio menos severo por lo que seguirán subsistiendo aunque se apliquen de forma excepcional⁴⁷.

La propuesta del legislador busca primar la voluntad de la persona con discapacidad de modo que las medidas judiciales sólo procederán cuando la voluntad de esa persona no se haya manifestado o la voluntad mostrada no sea suficiente⁴⁸. Se muestra claramente la clara preferencia por los poderes preventivos.

Las instituciones de apoyo que se proponen son la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial cuya finalidad consistirá en proporcionar el apoyo mínimo y necesario para que la persona con discapacidad ejerza su capacidad jurídica en condiciones de igualdad al resto. Analizaremos el régimen jurídico de la curatela, regulada en el Capítulo IV del citado Título, que pasa a ser la figura principal de apoyo de origen judicial en detrimento de la tutela que es suprimida en el ámbito de la discapacidad.

Este paso de la curatela a convertirse en la figura central del sistema de apoyos de origen judicial puede haber sido impulsado por las diversas influencias ejercidas por diversos Estados en los que se ha utilizado la curatela como principal medida en sus reformas legislativa e incluso en alguno de ellos se ha mantenido la representación. Algunos de estos países serían Alemania, Italia, Suiza o Brasil, entre otros⁴⁹.

sufragio activo en condiciones de igualdad al resto de personas, posibilidad que hasta entonces tenían limitada. Se cumplía con dicha reforma con el artículo 29 CNY.

⁴⁷ CUADRADO PÉREZ, C., <<Modernas perspectivas...>>, *cit.*, pp. 28-29.

⁴⁸ PAU, A., <<De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil>>, en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, nº 3, 2018, p. 16.

⁴⁹ MUNAR BERNAT, P.A., <<La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial...>>, *cit.*, pp. 124-127.

Esta medida deberá adoptarse cuando la persona con discapacidad necesite un apoyo de modo continuado (principio de mínima intervención⁵⁰) y no haya otros medios de apoyo suficientes. Si bien el Anteproyecto cuenta en este aspecto con una laguna dado que no especifica de manera concreta las discapacidades o enfermedades que se verán sometidas a curatela. La propuesta del legislador habla únicamente de personas que necesitan apoyo pero es este un concepto demasiado genérico por lo que pueden darse problemas de interpretación. Sería conveniente que el Anteproyecto ahondará más en la figura de los destinatarios y diera gran importancia a las personas que padecen una discapacidad intelectual dado que son esas discapacidades las que afectan principalmente a la capacidad para poder tomar decisiones⁵¹.

Tendrá la función clásica de complementar la capacidad de las personas con discapacidad a través de la asistencia en aquellos actos que se precisen en la sentencia y para cumplir de forma adecuada con esta función el curador deberá atender siempre a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

Ahora bien, el Anteproyecto introduce aquí una gran novedad y es que el curador podrá asumir funciones representativas en casos excepcionales. La nota de excepcionalidad será aplicada en aquellos casos que sean tan graves que la propia persona no pueda expresar su voluntad o que la voluntad expresada no sea suficiente y por lo tanto serán situaciones en las que la representación será inevitable⁵². Un posible ejemplo de estos casos excepcionales sería el de una persona que se encuentra en estado vegetativo. Esa posibilidad de atribuir funciones de representación en situaciones excepcionales al curador lleva un mensaje implícito dado que esa causa de excepcionalidad significa que deberá intentarse en todos los casos por la curatela asistencial⁵³.

⁵⁰ La curatela será procedente en aquellos casos en los que se requiera la provisión de un apoyo de manera continuada mientras que para los casos en los que únicamente se necesite apoyo en actos concretos u ocasionales procederá el nombramiento de un defensor judicial cumpliendo con ello con el principio de intervención mínima.

⁵¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., <<Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote>>, Salas Murillo et al (dir.), en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 258-261.

⁵² RIBOT IGUALADA, J., <<La nueva curatela: diferencias con el sistema...>>, *cit.*, pp. 244-245.

⁵³ PAU, A., <<De la incapacitación al apoyo: el nuevo...>>, *cit.*, p. 22.

Sin embargo, el legislador también deja claro que no puede eliminarse la sustitución o representación de nuestro sistema puesto que como ya hemos señalado habrá casos muy graves en los que esta representación será esencial ya que sin ella la persona con discapacidad no podrá realizar esos actos o incluso resultará perjudicada por la decisión que tome.

El Juez cobrará un gran protagonismo en este punto ya que deberá asegurar que la medida de apoyo adoptada resulte proporcional a las necesidades de cada persona en función de la discapacidad que presente y la afectación sobre la capacidad volitiva de las mismas por lo que deberá realizar un trabajo muy meticuloso a la hora de atribuir facultades representativas ya que a través de ellas la autonomía de la persona sujeta a curatela se vería limitada en mayor medida.

En el ejercicio de estas funciones de representación la voluntad, deseos y preferencias se verán sustituidas por la trayectoria vital, valores y creencias de la persona sujeta a curatela para tratar de adoptar la decisión que esa misma persona hubiera tomado en caso de no concurrir esa imposibilidad. Sin embargo, se cae en el error de eliminar el principio del interés superior de la persona con discapacidad que debería ser aplicado de forma subsidiaria a las 2 referencias nombradas⁵⁴ dado que existirán supuestos en los que la persona con discapacidad haya visto afectadas sus aptitudes desde su nacimiento por lo que nunca ha sido capaz de conocer las consecuencias y tomar sus propias decisiones y por lo tanto resultaría incoherente la aplicación de tomar en consideración la trayectoria vital, valores y creencias de esa persona.

Por ello, será necesario que en ocasiones el curador adopte decisiones que puedan ser contrarias a la voluntad presente del discapacitado cumpliendo con ello con la finalidad de proteger el interés superior de esa persona por no haberse podido determinar adecuadamente su voluntad ni su trayectoria vital, valores o creencias⁵⁵.

⁵⁴ PAU, A., <<De la incapacitación al apoyo: el nuevo...>>, *cit.*, pp. 8-9.

⁵⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., <<Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote>>, Salas Murillo et al (dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 266-267.

La facultad de representación nos recuerda a la regulación del régimen de la curatela en el CDFA que ya hemos visto y también podría entenderse como cierta unificación⁵⁶ de la tutela y la curatela en la última al asumir el curador funciones que anteriormente le correspondían al tutor.

En este punto es muy importante no utilizar el concepto de curador representativo puesto que no se trata una institución diferenciada del resto que ostente su propio régimen jurídico sino que simplemente el curador podrá ver como le son atribuidas funciones de representación de manera excepcional⁵⁷.

La representación de la que hemos hablado encontrará un límite y es que determinados actos requerirán autorización judicial. Concretamente, el artículo 285 del Anteproyecto recoge 9 actos sujetos a autorización en los que el actual tutor también la necesita y citaremos alguno de ellos:

- Enajenar o gravar bienes inmuebles.
- Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona afectada.
- Renunciar a derechos.
- Dar y tomar dinero a préstamo.
- Celebrar contratos de seguros de vida.

Por último, es reseñable el hecho de que la curatela queda como una institución que se dedica de manera única a las personas con discapacidad y deja a un lado a los emancipados y a los pródigos de los que se ocupaban en la anterior regulación y que a partir de la reforma recibirán el apoyo de otras instituciones.

6.2.- ÁMBITO PRIVADO.

⁵⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., <<Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote>>, Salas Murillo et al (dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 253-254.

⁵⁷ MARGARIÑOS BLANCO, V., <<Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código Civil sobre discapacidad>>, en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, nº 3, 2018, p. 216.

A.- LA PROPUESTA DE LA ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL EN EL MARCO DE UNA PROPUESTA GENERAL DE NUEVO CÓDIGO CIVIL.

Esta Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (en adelante APDC) comienza a elaborarse en el año 2014 y tiene como objetivo la modernización de nuestro CC y la regulación completa y exhaustiva de aquellas figuras que han causado problemas desde la publicación de la última reforma.

Respecto a la materia que estamos tratando podemos observar un cambio fundamental a nivel terminológico y es que el Título VII del Libro Primero adopta el término de *‘De las medidas de protección de la persona’*.

La APDC pretende la adaptación de nuestro CC a la CNY y por ello adopta ese modelo social del que tanto hemos ido hablando señalando que las personas con discapacidad serán protegidas mediante los apoyos y señala un listado de estos apoyos pudiendo observarse una continuación con la reforma de 1983 al subsistir las mismas figuras. Entre ellas, se encuentran la curatela y la tutela, instituciones que a la luz de la OG N°1 resultan contrarias al articulado de la CNY pero que según nuestro TS son acordes a la misma como ya vimos. La APDC entiende que la tutela es necesaria para aquellos casos más graves por lo que debe ser aplicada de manera excepcional mientras que la curatela será considerada la medida de apoyo judicial preferente.

La curatela será concebida como una institución de apoyo estable para aquellas personas con discapacidad que no puedan salvaguardar por sí mismas sus intereses personales y patrimoniales. El juez será el encargado de constituir la curatela siempre y cuando la persona afectada no haya adoptado tal medida por sí misma ya que siempre habrá que tener en cuenta esa autonomía de la voluntad de las personas así como el respeto a su voluntad, deseos y preferencias, criterio que se recuerda en diversos artículos de la Propuesta⁵⁸.

⁵⁸ Véanse los siguientes artículos: 171-1.2, 171-1.3, 173-2.1, 174-1.2, entre otros.

Asimismo la curatela constituirá el eje principal de estas instituciones de apoyo estable por encima de la tutela al señalarse que esta última se constituirá siempre y cuando no haya podido formarse una curatela.

La curatela seguirá funcionando del mismo modo a través del complemento de la asistencia si bien el órgano jurisdiccional deberá ser más preciso y concreto respecto de aquellos actos en los que la persona precise ese complemento⁵⁹ puesto que para todo aquello que no conste en la sentencia se considerará que cuenta con la capacidad suficiente.

Podría hablarse de la unificación de las funciones de curatela y tutela en una sola figura puesto que el curador podrá prestar la asistencia para realizar actos de naturaleza personal, intervendrá en los actos de administración y disposición que especifique el juez y además, de manera excepcional, se le podrán atribuir funciones de administración ordinaria con los límites que señale la propia sentencia.

a) PROBLEMÁTICA GENERADA POR LA PROPUESTA DE LA APDC.

La redacción propuesta por la APDC respecto del Título VII generó un gran debate y es que desde un inicio, en la Exposición de Motivos, la Asociación apuesta por el concepto de apoyo en detrimento del de capacidad. Sin embargo, al llegar al Capítulo II del mismo Título nos encontramos con la siguiente denominación: *‘De la provisión de apoyos estables y de la modificación de la capacidad’*.

¿Cómo debemos entender esto? ¿Significa que los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar siguen vigentes?

Las opiniones de los miembros de la APDC son muy dispares. Desde manifestaciones respecto a las cuales los apoyos y la modificación de la capacidad no son conceptos antagónicos sino que son complementarios puesto que el apoyo se proporcionará tras un proceso en el que quede modificada la capacidad de obrar de la persona, a otras en las que se

⁵⁹ CUADRADO PÉREZ, C., <<Modernas perspectivas...>>, *cit.*, pp. 19-23.

adopta la postura de hacer desaparecer el término de modificación de la capacidad de la Propuesta.

Definitivamente, la APDC se decanta en su última Propuesta por ese carácter complementario y señala en la Exposición de Motivos que se abandona el procedimiento de modificación judicial de la capacidad por el procedimiento de modificación de la capacidad y la provisión judicial de apoyos estables.

B.- LA PROPUESTA ARTICULADA DEL REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL PARA SU ADECUACIÓN AL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

El Real Patronato sobre Discapacidad es descrito en su página web como un organismo autónomo adscrito al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social que tiene la finalidad de promover y mejorar los derechos de las personas con discapacidad, así como su desarrollo personal, inclusión social y prevención de la discapacidad. El Patronato fue creado mediante la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

Este organismo toma como referencia la CNY y el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante Ley General de Discapacidad).

Es en el año 2012 cuando se publica la Propuesta Articulada de reforma del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante Propuesta) por el Real Patronato. La Propuesta busca que los apoyos se proporcionen únicamente cuando sea estrictamente necesario y cumpliendo siempre con los presupuestos de proporcionalidad y adecuación al fin perseguido

que no será otro que ayudar a esa persona en el ejercicio de su capacidad jurídica procurando otorgarle la mayor autonomía posible.

El primer cambio fundamental que puede observarse se da en la terminología empleada en el Título IX que pasará a denominarse “*Del apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica*”. Es también abstracta esta Propuesta en el sentido de que no determina qué tipo de discapacidades deberán quedar sujetas a un apoyo dado que simplemente hace referencia a las personas con discapacidad pudiendo entrar en ese concepto cualquier tipo de deficiencia o enfermedad.

Además y en la misma línea que se ha podido mostrar en el Anteproyecto, se otorga preferencia a los poderes preventivos de manera que la autoridad judicial sólo intervendrá cuando la persona con discapacidad no tenga capacidad suficiente para determinar los apoyos que necesite. Mediante esta intervención judicial se proporcionarán apoyos personalizados que permitan el ejercicio de la capacidad jurídica y es esa alusión al carácter de “personalizados” la que nos remite al concepto de traje a medida de modo que cada apoyo deberá ser específico para las necesidades concretas de cada persona.

Ahora bien, en esta Propuesta hay una importante diferencia respecto al Anteproyecto de Ley y a la Propuesta de la APDC.

El Real Patronato constituye el sistema de apoyos en torno a la guarda de hecho que complementará la capacidad de esa persona con discapacidad. La otra figura de apoyo regulada en la Propuesta del Patronato es la del apoyo intenso que asume funciones de representación debiendo especificar la resolución judicial los actos en los que se requerirá dicha representación y debiendo aplicarse esta figura de manera excepcional y a ser posible ante actos concretos y puntuales.

Des este modo, el Patronato ha eliminado de su Propuesta las figuras de la curatela, la tutela y el defensor judicial, quizá para cumplir así con la OG N°1. Sin embargo, analizadas estas figuras podría pensarse que se ha intentado disfrazar a las mismas dado que las instituciones sobre las que giraría el futuro CC atendiendo a la Propuesta del Real Patronato han asumido

las clásicas funciones de asistencia y representación correspondientes a la curatela y tutela, respectivamente.

VII.- CONCLUSIONES.

Tras haber realizado las indagaciones oportunas en torno a la figura de la curatela desde sus orígenes hasta su futuro pasando por su presente creo conveniente destacar las siguientes reflexiones sobre el trabajo.

Quiero comenzar destacando la aprobación de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela por volver a instaurar en el ordenamiento jurídico español distintas medidas de guarda y protección de las personas con discapacidad, entre las que se encuentra la curatela, además de establecer las causas de incapacitación de modo general en un catálogo abierto. Esta reforma supuso un avance importante en el ámbito de la discapacidad al garantizar a estas personas distintas instituciones de protección en función de la afectación de sus facultades volitivas lo que conllevaba también la necesidad de graduar las distintas discapacidades en función del modo en que la capacidad de dichas personas quedaba afectada.

En segundo lugar y hablando de avances, un hito trascendental para las personas con discapacidad se constituye con la aprobación de la CNY de 2006 a través de la cual se busca la máxima igualdad de estas personas con discapacidad con el resto promoviendo un nuevo modelo que supone un cambio de paradigma en el tratamiento a estas personas. El modelo social reemplaza, como ya hemos visto, al modelo médico. Entiende la CNY que todas las personas ostentan igual capacidad jurídica y que aquellas que precisen ayuda para poder ejercer dicha capacidad jurídica deberán ser provistas de apoyos sin especificar los tipos de apoyos que deben proporcionarse.

La CNY se introduce en el ordenamiento español en el año 2008 y a pesar de haber realizado pequeñas reformas legislativas, 12 años después todavía no se ha llevado a cabo la importante reforma del CC en materia de discapacidad. Además, el CDPD ha guiado de forma general mediante la OG Nº1 y de forma específica mediante la OF a nuestro país en el modo de

actuar en este ámbito instando siempre a la erradicación de la curatela y la tutela ya que a su parecer son figuras exponentes del modelo médico.

Como acabo de señalar se han dado pequeños avances y algunos de ellos han gozado de vital importancia como la influencia que ha tenido la jurisprudencia en las prácticas judiciales relativas a la incapacitación. A lo largo del TFG ha quedado constatado como el Alto Tribunal ha considerado que las normas del CC no son contrarias a los valores de la CNY y ha considerado que debe apostarse por la curatela como la medida idónea para cumplir con las disposiciones del texto internacional. Asimismo hemos observado como la incapacitación total únicamente deberá ser declarada en aquellos casos en los que haya una limitación total de la capacidad de obrar y como resulta necesario diseñar un traje a medida para cada individuo atendiendo a sus concretas circunstancias.

Por ello, considero que los órganos jurisdiccionales van a tener una importancia trascendental en este cambio de enfoque. De hecho, ha quedado comprobada su influencia como ya hemos reflejado en el hecho de que tras la STS 421/2013, de 24 de junio, diversos Tribunales han optado por constituir la curatela en lugar de la tutela. Esta nueva manera de abordar los apoyos a las personas con discapacidad va a llevar aparejado un trabajo minucioso y laborioso por parte de los juzgadores y es que no van a tratarse los distintos casos de un modo general sino que se va a analizar cada situación de manera concreta y específica para proporcionar a cada persona con discapacidad un apoyo que se adecúe de la mejor manera posible a sus circunstancias.

La otra parte vital en este proceso de transformación corresponderá al poder legislativo que va a ser el encargado de impulsar el tan ansiado Proyecto de ley para lograr la adaptación a la CNY. Hemos podido analizar 3 propuestas distintas, 2 referentes al ámbito privado y 1 al ámbito público. Tanto en el Anteproyecto como en la Propuesta de la APDC puede comprobarse como la curatela queda concebida como la figura central de las medidas de apoyo estables de origen judicial. Por el contrario, en la Propuesta del Real Patronato el término de la curatela ha desaparecido si bien su función característica de complementar la capacidad mediante la asistencia es asumida por la guarda de hecho.

No voy a discutir el hecho de que pudiera tener lugar un cambio de la terminología de estas figuras por la cierta connotación negativa de limitar la capacidad de obrar que ostentan pero creo que las funciones características de las mismas son adecuadas para las personas que presentan alguna discapacidad. De hecho, considero que la tutela tampoco debería ser eliminada puesto que habrá casos verdaderamente graves en los que no existirá otra forma de apoyo más eficiente que proporcionar a esa persona.

Desde mi punto de vista, la curatela resulta la medida más eficaz para dar cumplimiento a las disposiciones de la CNY a pesar de que se pretenda que esta figura junto con la tutela sean eliminadas de los ordenamientos jurídicos. La curatela va a tener una regulación mucho más detallada que la que tiene en la actualidad y se va a constituir como una figura verdaderamente completa al poder llegar a asumir en ciertas ocasiones excepcionales facultades de representación, como ya sucede por ejemplo en nuestra Comunidad Autónoma. Además, a través de ella se otorgará una gran autonomía a la persona sujeta a la misma dado que únicamente necesitará el complemento de capacidad en aquellos actos que señale el órgano jurisdiccional y además contará con la salvaguardia de que deban tenerse en cuenta su voluntad, deseos y preferencias en todo momento.

Por último, considero un acierto la primacía de los poderes preventivos sobre las medidas judiciales dado que supone otorgar un papel clave a la voluntad de la persona con discapacidad y como ya ha quedado claro también pienso que es una gran elección posicionar a la curatela en el centro de las medidas de apoyo de origen judicial ya que a través de ella la capacidad jurídica de las personas con discapacidad únicamente se ve limitada a determinados actos que además gozan de especial trascendencia personal y patrimonial. Por lo tanto, la curatela permitirá gozar de una gran autonomía en la vida cotidiana y será el apoyo idóneo para poder llevar a cabo actos muy concretos que gozarán de gran importancia.

VIII. BIBLIOGRAFÍA.

- ALVENTOSA DEL RÍO, J., <<Modificación judicial de la capacidad de obrar como sistema de protección de las personas más vulnerables>>, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 10, 2019, pp. 224-281.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M., <<Dignidad humana y Derechos de las Personas con Discapacidad>>, en *Revista IUS ET VERITAS*, nº 52, 2016, pp. 262-266.
- BARRANCO, M., <<Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad>>, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá V*, 2012, p. 68.
- BOTELLO HERMOSA, P., <<La progresiva adaptación del conflictivo artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español>>, en *Pensar Revista de Ciencias Jurídicas*, vol. 21, nº 1, 2016, pp. 247-254.
- BOTELLO HERMOSA, P., <<La Ley Orgánica 1/2015 y la curatela como medios eficientes de adaptación del artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las personas con discapacidad a nuestro ordenamiento jurídico>>, en *Revista de Derecho UNED*, nº 17, 2015, pp. 615-638.
- CLEMENTE MEORO, M.E., <<Consentimiento prestado por persona discapacitada no incapacitada y derechos fundamentales al honor y a la propia imagen. Consideraciones en torno a la STC 208/2013, de 16 de diciembre>>, en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, nº 28, 2014, pp. 174-178.
- CUADRADO PÉREZ, C., <<Modernas perspectivas en torno a la discapacidad>>, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 777, 2020, pp. 13-91.
- CUENCA GÓMEZ, P., <<Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad>>, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 38, 2018, pp. 82-101.
- DIEGO DIAGO, M.D., <<Tema 5: Derecho de la persona. Capacidad y estado civil.>>, en *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 48, 2015, pp. 20-29.
- ESBEC RODRÍGUEZ, E., <<Un nuevo modelo de modificación y delimitación de la capacidad de obrar de la persona con discapacidad>>, en *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, nº 12, 2012, pp. 121-147.
- ESCARTÍN IPIÉNS, J.A., <<La autocuratela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad>>, en *Revista de Derecho Civil*, vol.V, nº 3, 2018, pp. 85-119.

- GANZENMÜLLER ROIG, C., <<Modificación de la capacidad en el ámbito personal. Aspectos contradictorios entre la tutela, la curatela y un sistema de apoyos flexibles>>, en *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 59, 2010, pp. 1-22.
- GARCÍA PONS, A., <<El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España>>, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 66, nº 1, 2013, pp. 71-72. pp. 59-147.
- GONZÁLEZ CERVERA, M.I., <<Incapacidad. La interpretación de las normas vigentes a la luz de la Convención de Nueva York de 2006. La incapacitación no altera la titularidad de los derechos fundamentales aunque sí afecta a su ejercicio y se justifica por su finalidad protectora de la persona>>, en *Crónicas de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2009, p. 1.
- IMAZ ZUBIAUR, L., <<Reformulando la protección de las personas con diversidad funcional a la luz de la distante Convención de Nueva York de 2006>>, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 112, 2018, pp. 165-208.
- JIMÉNEZ LARA, A., <<Estadísticas y otros registros sobre discapacidad en España>>, en *Revista Política y Sociedad*, vol.47, nº 1, 2010, pp. 167-173.
- LLEDO YAGÜE, F., <<La Convención de Nueva York y la necesaria reformulación de la discapacidad>>, en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, nº 14, 2019, pp. 140-147.
- MANGAS ALONSO, M.T., <<Incidencia de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad en el Derecho español>>, en *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 48, 2019, pp. 129-151.
- MARGARIÑOS BLANCO, V., <<Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código Civil sobre discapacidad>>, en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, nº 3, 2018, pp. 199-225.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso de Derecho Civil IV Derecho de familia*, 5ª edición, Edisofer, 2018, pp. 407-408.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., <<Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote>>, Salas Murillo et al (dir.), en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 253-271.
- MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, M.L., <<Tutela y curatela: derecho actual y perspectivas de futuro>>, en *Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*, nº 169, 2014, pp. 111-131.

- MAYOR FERNÁNDEZ, D., <<La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006>>, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2133, 2011, pp. 1-37.
- MONDEJAR PEÑA, M.I., <<La guarda de las personas con discapacidad intelectual a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad>>, en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 31, 2015, pp. 369-398.
- MUNAR BERNAT, P.A., <<La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad>>, en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, nº 3, 2018, pp. 121-152.
- OLIVER SOLA, M.C., <<Precedentes romanos sobre adopción, tutela y curatela>>, en *Revista jurídica de Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 18, nº 2, 2009, pp. 181-220.
- PAU, A., <<De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil>>, en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, nº 3, 2018, pp. 5-28.
- PEREÑA VICENTE, M., <<La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley>>, en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, nº 3, 2018, pp. 61-83.
- RIBOT IGUALADA, J., <<La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento>>, Salas Murillo et al (dir.), en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 215-253.
- RODRÍGUEZ ESCUDERO, M., <<El porvenir de la curatela en el derecho español>>, en *Historia Iuris: estudios dedicados al profesor Santos M. Coronas González*, vol. 2, 2014, pp. 1449-1469.
- RUBIO TORRANO, E., <<La incapacitación: titularidad y ejercicio de derechos fundamentales afectados. La Convención de Nueva York>>, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 9, 2009, p. 2.
- RUEDA ESTRADA, J.D., <<El modelo de apoyo a las personas con capacidades modificadas judicialmente según Naciones Unidas>>, en *Cuadernos de Trabajo Social*, nº 21, 2014, pp. 81-118.
- SALAS MURILLO, S. de., <<Repensar la curatela>>, en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, nº 27, 2013, pp. 11-48.
- SALAS MURILLO, S., <<Significado jurídico del apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: presente tras 10 años de Convención>>, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 5, 2018, pp. 1-32.
- SANTOS URBANEJA, F., <<Realidad actual de los procesos de incapacitación. Alternativas a su regulación. Hacia una protección efectiva>>, en *Jornadas*

Fundación Aequitas - Centro de Estudios Jurídicos de Madrid 9 y 10 de marzo, 2009, p. 2.

- SERRANO FERNÁNDEZ, M., *Derecho de familia*, 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 227-228.
- SERRANO GARCÍA, J.A., *Lecciones de Derecho Civil: familia*, 2ª edición, Kronos, 2019, pp. 477-509.

Páginas web:

- <https://www.un.org/es/> 06/05/2020
- <http://www.derechocivil.net/publicaciones/propuesta-codigo-civil> 07/05/2020
- http://www.derechocivil.net/images/libros/trabajos%20posteriores/DEBATE_SOBRE_LA_MODIFICACION_DE_LA_CAPACIDAD_DE_LAS_PERSONAS_O_PROVISION_DE_APOYOS_ESTABLES_A_LAS_PERSONAS.pdf 07/05/2020
- http://www.derechocivil.net/images/libros/trabajos%20posteriores/LIBRO_I_TITULO_VII_mayo_2019_MEDIDAS_DE_PROTECCION_DE_LA_PERSONA_-5-5.2019.pdf 07/05/2020
- <http://www.rpdiscapacidad.gob.es/conocenos/historia.htm> 15/05/2020